

Teoria Geral das Obrigações no Novo Código Civil

JOSÉ MARIA LEONI LOPES DE OLIVEIRA

Professor de Direito Civil das Universidades Cândido Mendes e Estácio de Sá, da Faculdade de Campos/RJ, da AMPERJ, da ESA e da EMERJ.

Em vez de fazer uma apresentação global do tema referente à *Teoria Geral das Obrigações*, procurarei analisar algumas normas especificamente, dedicando-me àquelas que constituem novidade em relação ao Código Civil anterior ou normas que, embora repetidas, lamentavelmente mereciam tratamento diverso.

A primeira questão que se coloca é a localização do Direito das Obrigações. O novo Código Civil adotou sistema semelhante ao do Código Civil alemão, logo após a Parte Geral, onde é tratado todo o Direito obrigacional, incluindo a parte propriamente dita da teoria geral das obrigações, os contratos, os atos unilaterais, os títulos de crédito, a responsabilidade civil e, finalmente, as preferências e privilégios.

A teoria geral das obrigações está subdividida em quatro títulos: o primeiro, trata das modalidades das obrigações; o segundo, da transmissão das obrigações; o terceiro, do adimplemento e extinção das obrigações e o quarto, do inadimplemento das obrigações. Começaremos uma viagem para ver se em cinquenta minutos, como me foi proposto, conseguirei chegar às arras e comentar até o artigo 420 do novo Código Civil.

No Título I - Das Modalidades das Obrigações - temos algumas ponderações a fazer. Primeiro, alterou-se a estrutura no título das modalidades das obrigações, mudando-se a localização topográfica da cláusula penal, que era

vista como uma das espécies de obrigações, que agora foi, acertadamente, de acordo com a unanimidade da doutrina, transferida para a parte do inadimplemento, onde está melhor localizada.

No que concerne às obrigações de dar coisa certa temos algumas alterações. O artigo que inaugura o direito das obrigações no novo Código Civil (art. 233), corresponde ao que vinha disposto no artigo 864 do Código de 1916, dizendo que a obrigação de dar coisa certa abrange os seus acessórios. Deve-se ter em conta que tal preceito não abrange as pertenças (art. 93). Efetivamente, em relação a essas vigora princípio diverso das coisas acessórias, como se verifica do texto do artigo 94 que esclarece que os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso.

É possível, numa leitura um pouco mais desavisada, indagar-se sobre o conteúdo do artigo 863 que inaugurava o livro das obrigações no Código de 1916. Tal artigo foi deslocado para o artigo 313 do novo Código, que trata do objeto das obrigações: “O credor de coisa certa não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”. Talvez seja conveniente no artigo 233 do novo Código, fazer uma remissão ao artigo 313, o que facilita a sua localização. O artigo 863 do Código Civil de 1916, com redação idêntica à do atual artigo 313, determinava que o credor de coisa certa não podia ser obrigado a receber outra, ainda que mais valiosa. Essa norma diz

Palestra proferida no Seminário realizado em 10.05.2002.

respeito ao objeto do pagamento, e, portanto, acertado o seu deslocamento para a seção III do capítulo I do título III (art. 313).

Outra questão que merece análise, ainda em relação à obrigação de dar coisa certa, refere-se aos melhoramentos e acrescidos na coisa, que está previsto no artigo 237 do novo Código: “*Até a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acrescidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação*”. Esse texto possuía redação semelhante no Código anterior, no artigo 868. Parece-me que atualmente, com muito mais razão do que no anterior (tendo em vista a tendência publicista do Direito Obrigacional, fundado na ética) devemos combinar a norma prevista no artigo 237 com a de técnica de interpretação, prevista no artigo 113, bem como com o artigo 421 e 422. Todo sistema contratual, ou melhor, todo negócio jurídico, atualmente, deve ser fundado nos princípios da *boa-fé* e da *probidade*, conforme determina o artigo 422. Ratificado isso no artigo 421, quando diz que o contrato tem uma função social. Logo, os magistrados devem ter muito cuidado para que a parte, a fim de maliciosamente não cumprir o contrato, faça, voluntariamente, melhoramentos inviabilizando o cumprimento da obrigação. Parece-me que nesse ponto o magistrado deve fazer a interpretação da norma prevista no artigo 237 do novo Código, combinado com os artigos 113, 421 e 422, sob pena de se facilitar e premiar o inadimplemento da obrigação.

Vejamos, agora, a obrigação de dar coisa incerta. Aqui merece comentário o artigo 244 do novo Código, que também, em que pese repetir norma do artigo 875 do Código anterior, parece merecer uma interpretação sistemática e não literal. O Código dispõe que na individualização da coisa na obrigação alternativa, o devedor não é obrigado a dar a melhor nem pode prestar a pior. Na verdade, o que quer dizer o Código é que o devedor

deve prestar a *coisa média*, pois se tenho uma coisa que vai de valor 1 a 10, a interpretar literalmente o Código eu não poderia dar 2 nem seria obrigado a dar 9, mas poderia dar 3, e não é isso o que a doutrina pátria já sedimentou, sendo este o entendimento entre outros, do Prof. Silvio Rodrigues. Quando se fala em não dar a pior nem a melhor coisa, deve-ser interpretar, como a doutrina já o fazia, em dar a coisa média.

O artigo 246 do novo Código, em que pese ter redação semelhante à do artigo 877 do Código de 1916, agora com muito mais razão, face à função social do contrato, os magistrados devem levar isso em consideração. Dispõe o artigo: “*Antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito*”. É o princípio ***genus nunquant perit***. Parece-me que, na última alteração sofrida pelo Código, retirou-se uma inovação que me parecia muito salutar, ou seja, na redação originária que veio do Senado Federal admitia-se que o devedor limitasse o universo para exatamente poder fazer jus à utilização do caso fortuito ou de força maior. Retirou-se isso do Código, não se permitindo mais a limitação do universo, e agora diz, como dizia o Código anterior, que antes da escolha não poderá o devedor alegar caso fortuito ou de força maior. Apesar disso, a meu sentir, somando-se os artigos 113, 421 e o 422 do Código Civil, o juiz deve levar em consideração a possibilidade de as partes limitarem o universo no contrato, a fim de continuar a fazer jus ao princípio da exclusão por caso fortuito ou força maior, princípio este que é regra geral previsto no artigo 393, que trata do caso fortuito e da força maior.

Chegamos às obrigações de fazer e de não fazer. Em ambas o Código previu duas hipóteses de tutela de urgência: a primeira, em relação à obrigação de fazer, prevista no parágrafo único do artigo 249 e a segunda no parágrafo único do artigo 251 do novo Código Civil. Então, para os que estão fazendo remissões,

seria conveniente casar as normas dos artigos 251 e 249, normas bastante semelhantes. Vejamos o artigo 249, parágrafo único: *“Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido”*. Parece-me que esta foi uma inovação bastante salutar, porque permite que as partes, fazendo justiça pelas próprias mãos, possam executar e, depois de executada a obrigação, cobrar judicialmente, o que vai facilitar e evitar o procedimento, que todos no Judiciário sabem - os senhores magistrados muito mais do que eu - quão tormentosa é a execução do artigo 634 do Código de Processo Civil. Se fizermos uma estatística em todos os Tribunais constataremos que é raríssimo esse tipo de execução, porque a parte pleiteia diretamente o pedido de indenização, já que aquele processo é tortuoso, exigindo uma concorrência pública para se analisar qual a melhor proposta etc. Hoje, parece-me que essa solução de autotutela, prevista tanto para a obrigação de fazer como para a de não fazer, irá incentivar esse tipo de ação, pois a execução será feita posteriormente.

Nas obrigações alternativas também tivemos novidades, introduzidas pelos parágrafos do artigo 252 do novo Código Civil. No parágrafo 2º, melhorou-se o texto porque o artigo 884 do Código de 1916 em seu parágrafo 2º, dispunha: *“quando a obrigação for de prestações anuais, subentender-se-á, para o devedor, o direito de exercer cada ano a opção”*. Agora, a redação, a meu sentir, mais escoreita, diz no parágrafo 2º do artigo 252 que *“quando a obrigação for de prestações periódicas, a faculdade de opção poderá ser exercida em cada período”*. Isso porque esta periodicidade poderá não ser, necessariamente, anual.

A outra novidade encontra-se no parágrafo 3º do artigo 252 prevendo a intervenção do Judiciário na escolha da coisa nas obrigações alternativas. Notamos que o Código está plasmado da

intervenção do Poder Judiciário. Verificamos isso nos Direitos das Obrigações, de Família e das Sucessões. No Direito de Família, hoje, praticamente as coisas mais íntimas do casamento são decididas pelo magistrado. Se o pai quer emancipar o filho e a mãe não concorda; se o marido quiser estabelecer domicílio em São Paulo e a mulher no Rio de Janeiro; se o marido quiser que o filho estude em um colégio judaico e a mulher em um colégio católico, em todos esses casos é o juiz quem decidirá. Ou seja, hoje há uma intervenção muito grande do Poder Judiciário no Direito de Família. No Direito das Obrigações também se atribuiu um poder discricionário gigantesco ao magistrado, e, ao meu sentir, jamais visto, em legislação pátria, tão acentuadamente quanto aqui. Reparem que o parágrafo 3º do artigo 252 diz em relação às obrigações alternativas: *“No caso de pluralidade de optantes, não havendo acordo unânime entre eles, decidirá o juiz, findo o prazo por este assinado para a deliberação”*. No parágrafo 4º, criou-se a possibilidade de a opção ser atribuída a terceiro, e diz: *“Se o título deferir a opção a terceiro, e este não quiser, ou não puder exercê-la, caberá ao juiz a escolha se não houver acordo entre as partes”*.

Parece-me que esta norma, prevista no parágrafo 4º, é merecedora de uma interpretação analógica, porque o dispositivo não diz qual o prazo. A meu ver, deveríamos aplicar, por analogia, o prazo decadencial de dez dias, previsto no artigo 571 do CPC, que é o que aplicamos para a hipótese em que um deles não venha a fazer a opção. Então, parece-me que na hipótese do parágrafo 4º, na opção a terceiro quando ele não o faça, deva ser concedido a ele o prazo decadencial de dez dias, previsto no artigo 571 do CPC.

Como Professor de Direito Civil lamento a ausência de previsão desse prazo de dez dias no Código Civil. Trata-se de prazo decadencial ligado ao Direito Obrigacional que deveria estar previsto no Código Civil. Acredito que o legislador

tenha perdido uma oportunidade de estabelecer este prazo aqui mesmo, no artigo ora analisado.

Nas obrigações divisíveis e indivisíveis a norma do artigo 258 do novo Código Civil inova trazendo a noção de obrigação indivisível. Vale ressaltar que não tínhamos norma correspondente no código anterior. Este artigo conceitua a obrigação indivisível, dizendo: “A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico”. Parece-me que esta norma deve ser interpretada em conjunto com os artigos 87, 88 e 140 do novo Código Civil. Diz o artigo 88: “Os bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis por determinação da lei ou por vontade das partes”.

Na verdade, temos os seguintes casos de indivisibilidade: por natureza do objeto, por motivo de ordem econômica, em razão do negócio jurídico, em decorrência da lei e por vontade das partes. Como exemplo de indivisibilidade pela própria natureza, temos a venda de um bem semovente, um cavalo. Por motivo de ordem econômica seria fracionar um lote em dezenas de partes que perderiam toda a sua utilidade econômica. Em razão do negócio jurídico, acredito que devemos combinar a norma com o motivo determinante do negócio jurídico, previsto no artigo 140 do novo Código Civil. Por decorrência da lei, há previsão na Lei de Sociedade Anônima para a hipótese da ação que é indivisível por determinação legal. Finalmente, por vontade das partes, que vão estipular, mesmo que um pagamento de coisa divisível, um pagamento em dinheiro seja estabelecido de forma indivisa, ou seja, de modo que o devedor cumpra a obrigação de uma só vez.

Nas obrigações solidárias, temos norma inovadora em relação ao texto do Código antigo, no artigo 274 do novo Código Civil: “O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge aos demais; o julgamento favorável aproveita-

lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve”. Desse modo, se um dos credores solidários demanda a cobrança em face do devedor comum, vindo seu pedido a ser julgado *procedente*, em tese, qualquer um dos outros credores solidários que não foram parte no processo de conhecimento, são beneficiados com a sentença de procedência que lhes servirá como *título executivo judicial*. A esse princípio o próprio artigo 274 abre uma exceção: salvo se a sentença se fundar em exceção pessoal ao credor que a obteve, isto é, a sentença rejeitou exceção argüida pelo devedor contra o credor demandante. Nesse caso o julgamento favorável não aproveita aos demais credores solidários. Portanto, como regra geral a sentença favorável a um dos credores solidários aproveita aos demais. Entretanto, quando a sentença de procedência tenha rejeitado a exceção argüida pelo devedor comum, que era oponível somente ao credor demandante. Neste caso a sentença não aproveita aos demais credores.

Lamenta-se o texto do novo Código no que concerne à solidariedade passiva, quando se trata do rateio da quota do devedor insolvente. Veja o que diz o artigo 284: “No caso de rateio entre os co-devedores, contribuirão também os exonerados da solidariedade pelo credor, pela parte que na obrigação incumbia ao insolvente”. A doutrina pátria sempre divergiu no que diz respeito à hipótese não prevista no Código de 1916 e que continua não sendo prevista aqui, pois somente se previu o caso dos exonerados da solidariedade. E aquele que obteve a remissão do credor, o perdão da dívida? Esse também irá contribuir para o rateio da quota do insolvente ou não? Aí poder-se-ia dar uma interpretação no sentido negativo, dizendo que o Código previu expressamente para o caso de exoneração da solidariedade, mas não previu para aquele que obteve o perdão e, como consequência, saiu do vínculo obrigacional, porque o Código não quer que este contribua para o rateio da quota do insolvente. Parece-me que esta não

é a melhor interpretação. Já havia divergência no código anterior, continuando a dar margem à divergência no novo Código. Acredito de devemos interpretar no sentido de que, mesmo na hipótese de perdão, o devedor perdoado deve participar do rateio da cota do insolvente, tendo em vista que defender-se posicionamento contrário implicaria em onerar os outros devedores solidários, inclusive dando margem à fraude. Isto é: tenho três devedores solidários, sou amigo de um deles, faço a remissão em relação a ele e cobro tudo a **B**, pois sei que **C** é insolvente. Eles não poderão cobrar de **A**, que me pagará escondido a diferença. Tendo em vista os princípios de probidade e boa-fé (boa-fé objetiva) e a função social do contrato, creio que devemos interpretar de maneira semelhante a hipótese do artigo 284, para o caso em que um dos devedores solidários tenha recebido a remissão de dívida.

Veremos agora o Título II, que trata da transmissão das obrigações. Houve uma alteração na estrutura, porque se inseriu mais um capítulo, sobre a assunção de dívida, ao lado da cessão de crédito. Veremos, inicialmente, a cessão de crédito e, posteriormente, quando analisarmos a assunção de dívida.

Na cessão de crédito, tratada nos artigos 286 a 298 do novo Código Civil, não temos nenhuma grande novidade, sendo as normas praticamente repetitivas. Aqui somente ficaria preocupado, e acho que agora o magistrado tem elemento normativo para isso, em relação à questão dos aspectos éticos e morais da cessão de crédito, especificamente nas hipóteses de crédito trabalhista e de precatórios. Creio que agora o Judiciário pode, se provocado, intervir para evitar a fraude ou o abuso de direito nessas hipóteses. Com base nos princípios da função social do contrato, da probidade e da boa-fé. Acredito que seria uma atuação salutar dos juízes nesse tipo de negócio jurídico.

Analisaremos, agora, a assunção de dívida. Tratarei do assunto pontual-

mente, já que houve uma palestra sobre o tema de lavra do melhor especialista sobre o assunto o Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes. O artigo 299 do novo Código Civil trata da assunção liberatória. Nos meus comentários a essa parte da Teoria Geral das Obrigações, relativa ao novo Código Civil, apresento um conceito de assunção de dívida: um negócio jurídico pelo qual o novo devedor assume o débito do devedor originário, substituindo-o com a concordância do credor. Esse conceito aplica-se tão-somente à assunção liberatória.

Aqui entra a questão da sucessão no Direito Civil, que, como todos sabem, consiste no fenômeno pelo qual alguém assume a posição de outrem em uma determinada relação jurídica, quer no pólo ativo, quer no passivo. Por isso, não vejo diferença ontológica entre a sucessão **inter vivos** e a **causa mortis**. Também na sucessão **causa mortis** ocorre, ontologicamente, o mesmo fenômeno – alguém assume a posição de outrem, em determinadas relações jurídicas, quer no pólo ativo, quer no passivo. Como espécie de sucessão no pólo ativo temos a cessão de crédito. Agora, como espécie no pólo passivo temos a assunção de dívida liberatória.

O que se lamenta foi o novo Código não prever a assunção de dívida cumulativa. Na assunção de dívida liberatória temos o fato de o novo devedor substituir o devedor antigo, que se exonera do vínculo obrigacional. Já a assunção cumulativa é aquela em que o novo devedor assume a dívida ao lado do devedor originário, respondendo, ambos, solidariamente. Nessa espécie, o devedor originário não se libera do vínculo obrigacional. Como óbvio, parece-me que em razão da autonomia de vontade dos particulares, em que pese o Código não ter previsto expressamente a assunção cumulativa, não vejo óbice algum que os particulares estabeleçam, voluntariamente, uma assunção de dívida cumulativa.

Veremos, agora, o Título III, que trata do adimplemento e extinção das

obrigações. A norma que inaugura o título é o artigo 313 do novo Código, que vinha abrindo o Direito das Obrigações no Código de 1916. Diz o dispositivo: “O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”.

Em relação ao artigo 322 do novo Código Civil há uma divergência em uma determinada prática e uso nas relações de consumo. Irei posicionar-me, agora com mais respaldo, face à função social do contrato. Diz o artigo: “Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores”. Ocorre que vemos na prática das relações de consumo em imobiliárias, nas faculdades, em que o recibo de quitação diz o seguinte: “o pagamento desta não implica o pagamento das parcelas anteriores”. Indaga-se, então: nesta hipótese, em que os recibos de quitação contenham esta frase, estaria elidida a presunção do artigo 322 do novo Código Civil? Parece-me que não, principalmente em se tratando de relação de consumo. Imagino um cliente da Defensoria Pública, que ganha um salário mínimo, que ao pagar o seu aluguel, na hora do almoço, verifica que consta no recibo de quitação que o pagamento não implica o pagamento das parcelas anteriores. Então, teria que fazer o que certa corrente ilustre doutrina, deveria ele fazer a consignação em pagamento. Imaginem, então, tal cliente, na hora do almoço, dirigindo-se a um escritório de advogado para fazer o depósito judicial, a consignação bancária. Ou o estudante, que paga a mensalidade muitas vezes no dia de realizar a prova, e se não tiver a quitação não lhe é permitido fazê-la. Ele teria que recorrer a um depósito judicial ou consignação bancária. **Data venia**, parece-me que esta interpretação não atende ao interesse dos menos favorecidos. Portanto, a inserção dessa cláusula não tem o poder de afastar a presunção. Evidentemente, trata-se de presunção **juris tantum**, admitindo prova em contrário, ninguém discute.

Diz o artigo 323 do novo Código Civil: “Sendo a quitação do capital sem reserva dos juros, estes presumem-se pagos”. Trata-se de uma presunção relativa, que como consequência admite prova em contrário.

Em relação ao lugar do pagamento temos uma norma bastante interessante. O artigo 330 do novo Código Civil determina: “O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”. Parece-me que o Código adotou a teoria da contradição com a própria conduta, isto é, o requisito do **venire contra factum proprio**, e o fez, com toda razão, com base nos princípios que devem reger todos os negócios jurídicos: o da probidade e da boa-fé. Se o lugar do pagamento é o do domicílio do credor, mas ele, em obrigação periódica, duradoura, durante um ano, comparece ao domicílio do devedor e lá recebe o pagamento, não poderá, no ano seguinte, ter uma conduta contraditória com esta, isto é, não comparecer na casa do devedor para cobrar e se o devedor não comparece no domicílio para pagar, alegar que o devedor está em mora. Isso porque ele criou uma confiança no devedor de que os pagamentos seriam realizados no domicílio do devedor, pela própria conduta que teve, em que pese constar no contrato que o local do pagamento era o do domicílio do credor.

Por isso, afirmo que são requisitos para a configuração da contradição com a própria conduta: primeiro, uma situação jurídica preexistente; segundo, uma conduta do sujeito juridicamente relevante e eficaz que suscite na outra parte uma expectativa séria de comportamento futuro; terceiro, uma pretensão contraditória da dita conduta atribuível ao mesmo sujeito; e, finalmente, a identidade de sujeitos. Parece-me que esta norma veio mais uma vez privilegiar a ética nos contratos, prevalecendo muito mais do que o texto literal do próprio contrato. Essa norma deve ser reforçada com os artigos 113 e o 422 do novo Código Civil.

No inadimplemento das obrigações, o artigo 391 do novo Código consagra o princípio da responsabilidade patrimonial, isto é, o que garante o crédito é o patrimônio do devedor. Trata-se de uma norma que os civilistas tinham que recorrer ao Código de Processo Civil, ao seu artigo 591, que diz: *“O devedor não responde para o cumprimento de suas obrigações. Contudo, os seus bens, presentes e futuros, sofrem as restrições estabelecidas em lei”*. A redação do artigo 391 do CC, dispõe: *“Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”*. Já foi um alento constar no Código Civil a questão da responsabilidade patrimonial. Lamentavelmente, entretanto, continuamos devedores dos processualistas. A norma do artigo 391 deve ser interpretada restritivamente, quando afirma que pelo inadimplemento das obrigações respondem *todos os bens do devedor*. Na verdade, nem todos. Em primeiro lugar, não responde o bem de família. Também não respondem os bens impenhoráveis, previstos no artigo 649 do CPC, nem aqueles que têm inalienabilidade e impenhorabilidade convencional. Vale destacar que agora, o bem de família também foi deslocado, saindo da Parte Geral, onde era tratado no Código de 1916, nos artigos 70 e seguintes, sendo alocado no Direito de Família, também de maneira acertada, sendo previsto no artigo 1.711 do novo Código Civil.

Portanto, convém, de plano fazer remissão no artigo 391 do CC aos artigos 1.711 do CC e aos artigos 591 e 649 do CPC.

Na última alteração na redação do texto do artigo 1.711, manteve-se tanto o bem de família convencional quanto o legal. Diz o texto do dispositivo: *“Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras (e aí vem a manutenção da Lei nº 8.009/90)*

sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial”. Assim, o sistema especial da Lei 8.009/90 conviverá com os artigos 1.711 e seguintes do CC, que continua sendo o bem de família convencional.

Com todas as **venias**, parece-me que a norma do artigo 1.711 do CC, sobre bem de família, veio bastante atrasada em relação à jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. A Lei 8.009 também determina que o bem de família é protegido para os cônjuges ou para a entidade familiar. Cônjuges são aqueles que estão casados, enquanto que entidade familiar, os que vivem em união estável (artigo 226, § 3º da CF) ou a comunidade de um dos genitores com os seus descendentes, que se denomina família monoparental (art. 226, § 4º CF). O Superior Tribunal de Justiça, a meu ver de maneira acertada, tanto pela 3ª como pela 4ª Turma, vem decidindo, de maneira reiterada, em que pese o texto da Lei 8.009, e o artigo 1.711 do CC é praticamente uma repetição desse texto, que a proteção não se limita às pessoas casadas ou que vivam em união estável ou família monoparental, mas também abrangendo casais de homossexuais, ao homem solteiro, ao viúvo e a um casal de irmãs. Parece-me que essa interpretação é esdrúxula, com base no inciso III do artigo 1º da Constituição da República, que diz que um dos princípios do Estado Democrático brasileiro é o respeito à dignidade da pessoa humana. Seria esdrúxula a interpretação restritiva, porque se o sujeito é casado, tem três filhos, eles crescem, vão embora, a mulher falece, ele fica viúvo e, como não é mais casal, não vive em união estável, nem com nenhum dos filhos, perderia, então, o benefício do bem de família. A meu sentir, perdeu-se uma boa oportunidade, no artigo 1.711 do novo Código Civil, de não mais estabelecer as restrições ao casal ou entidade familiar.

Finalmente, verificamos no artigo 413 do novo Código Civil que houve uma alteração no que diz respeito à

cláusula penal e a sua redução. Agora não se trata mais de uma faculdade para o magistrado, como previa o artigo 924 do Código de 1916, que dizia: *“Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente”*. O artigo 413 do novo Código determina: *“A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”*. É verdade que o dispositivo criou um critério de equidade para o magistrado se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte.

Embora tenham sido feitas algumas críticas ao novo Código, parece-me que, como um todo, é infinitamente melhor do que o de 1916. Creio que não andou bem, foi no Direito de Família onde eu vejo, inclusive, algumas hipóteses de inconstitucionalidade flagrante; já que se elevou ao patamar constitucional a união estável, quer se goste ou não, parece-me que temos que respeitar a Constituição, e houve uma discriminação gritante na parte do Direito de Família. O Deputado Fiúza, em que pese todo o respeito a Sua Excelência, partiu de uma premissa errada e construiu um sofisma, para dar o tratamento à união estável. Na minha edição do Projeto do Código Civil, consta o relatório de Sua Excelência, em que diz que a união estável no Brasil é um instituto-meio, isto é, que todos os brasileiros constituem união estável para, depois, convertê-la em casamento. Tenho a sensação de que o Deputado não mora no Brasil, mas em outro país. Basta que pensemos nas pessoas dos nossos relacionamentos, que vivem em união estável, para que vejamos quais delas a transformaram em casamento. Aliás, muito pelo contrário, segundo a última pesquisa do IBGE, um quarto da população brasileira que vive em arranjo familiar fora do casamento vive em união estável em sentido amplo, abrangendo o concubinato puro e impuro. Deu-se um

tratamento espúrio, tratando em somente cinco artigos, um instituto que pelo menos se refere a um quarto da população dos brasileiros.

Se excetuarmos o Direito de Família, que realmente é muito preconceituoso, é difícil ser complacente com ele, parece-me que na Parte Geral o Código melhorou muito, mormente em relação à lesão, do estado de perigo. Doutrinariamente sinto muita afinidade com o novo Código, sustentando que o objeto da prescrição não é mais a perda do direito de ação, muito menos do direito subjetivo, mas a perda da pretensão, o que sempre sustentei desde a primeira edição da minha obra sobre Teoria Geral. A questão da invalidade é tratada com melhor rigor técnico. No Direito das Obrigações, parece-me que é o campo do Código Civil dedicado aos senhores magistrados. Conferiu-se poderes e deveres gigantescos ao magistrado, a todo o momento admitindo que ele aplique critérios de equidade. A meu ver, o sucesso ou o insucesso dessa parte do Direito Obrigacional está entregue à mão dos senhores. Muito obrigado.

DEBATES

Dr. Marco Aurélio Bezerra de Mello

Gostaria de ouvi-lo sobre a hipótese do artigo 404, parágrafo único, do novo Código Civil, que permite ao juiz, no caso da mora, fazer uma indenização suplementar, ou seja, se por acaso entender que a mora ficou irrisória ou não complementou o efetivo dano experimentado pelo lesado, pode o juiz, pelo novo Código, suplementar essa indenização. Na mesma esteira, gostaria que analisasse a questão das arras, que saem da parte de contratos, ingressando no Livro das Obrigações, pacificando uma questão tormentosa com relação à possibilidade de cumulação de arras penitenciais com uma indenização suplementar. Em síntese, esses dois artigos, 404, parágrafo único, e o 419, que tratam da responsabilidade civil

contratual, conferem ao magistrado uma participação muito intensa, com a possibilidade de indenização suplementar. Gostaria de saber se V. Exa. entende que essas duas situações são vantajosas.

Prof. José Maria Leoni

São bastante convenientes esses dispositivos. Mais uma vez digo que se atribuiu maior faculdade ao magistrado de atender a um critério histórico ideal de justiça. Na questão da mudança das arras, vejo com bastante conveniência a alteração da cláusula penal da modalidade das obrigações para o inadimplemento pacífico na doutrina. Quanto ao deslocamento das arras, que foi retirada da parte dos contratos vindo para o Direito das Obrigações, no inadimplemento é que tenho certa dúvida, já que diz respeito a pré-contrato e essa parte do Código Civil, a parte contratual, trata do pré-contrato. Pode-se dizer que as arras vêm para reforçar a questão do inadimplemento, o que não tenho dúvida alguma, mas não teria a tranqüilidade de elogiar, como faço em relação à cláusula penal, a questão da alteração das arras. No mais, creio foi muito salutar essas alterações ocorridas no Código.

Dr. Marco Aurélio Bezerra de Mello

Uma outra questão é que V. Exa., em seu livro, página 245, no artigo 395, parágrafo único, diz que há hipótese em que a prestação se torna inútil com a mora e o credor pode enjeitá-la, substituindo-a por perdas e danos. No seu livro, o senhor afirma que a escolha compete ao credor, ou seja, a aferição da utilidade ou inutilidade da prestação seria, até certo ponto, um arbítrio do credor, que escolheria e passaria por cima da própria relação obrigacional, aferindo se a prestação seria útil ou não. Se o Código, por várias vezes (e isso já está sendo muito comentado) dá ao magistrado uma participação intensa na relação obrigacional, tendo em vista a eticidade, a equidade e a boa-fé, não me

parece interessante estabelecer, em nível doutrinário, que essa escolha da utilidade ou inutilidade da prestação seja de competência do credor. Seguindo uma orientação mais consentânea com o restante do Código diria que essa escolha competirá ao magistrado, dentro do caso concreto, aferindo não o interesse do credor e do devedor, mas dentro de uma relação de cooperação, ao interesse da própria relação obrigacional.

Prof. José Maria Leoni

Penso que na questão da mora me parece claro que somente esta irá ocorrer se o termo for não essencial. Se o termo for essencial, não haverá mora, mas inadimplemento absoluto. Suponhamos que um genitor resolva fazer a recepção de casamento de sua única filha. Com isso, aplica toda a sua poupança de dois anos e investe naquela recepção. Começa por contratar dois andares do *Le Buffet*, faz um casamento extraordinário, orquestra ao vivo com sessenta participantes, contrata um serviço de restaurante extraordinário, e, no dia da recepção, o dono do restaurante não aparece. Imagina se, no dia seguinte, o dono do restaurante chega com as iguarias da festa. Nesse caso não há mora, mas inadimplemento absoluto. Não interessa mais que a prestação seja cumprida. O inadimplemento pode ocorrer em relação de minutos. Se contrato um táxi para me levar ao aeroporto e ele chega duas horas depois, não haverá mora, mas inadimplemento absoluto, já que a prestação não servirá mais.

Concordo com V. Exa. quando afirma que não se pode aceitar atribuir isso, exclusivamente, de maneira arbitrária, ao credor. Suponha que o devedor tenha a obrigação de pagar dinheiro, não paga no vencimento (dia 30), mas comparece dia 31 para efetuar tal pagamento e, chegando lá, o credor afirma que tal prestação não interessa mais, não aceitando recebê-la com os juros de mora. É lógico que isto estaria

violando os princípios da boa-fé e da probidade, que presidem as relações obrigacionais, bem como o critério de interpretação, previsto no artigo 113 do novo Código Civil. Entretanto, como regra geral, parece-me que quem deve avaliar o critério de conveniência ou não é o credor. É o mesmo que ocorre quando uma pessoa famosa, uma artista, que contrata a feitura de um vestido para comparecer no Oscar, vestido que normalmente é utilizado uma única vez, e se o costureiro não o entrega no dia, haverá o inadimplemento.

Dr. Marco Aurélio Bezerra de Mello

No exemplo do casamento, fica muito claro, tanto ao credor quanto ao magistrado, que a prestação se tornou inútil. Entretanto, existem situações duvidosas, em que não me parece conveniente dizer que essa escolha compete ao credor. O credor e o devedor estão unidos na relação obrigacional com um vínculo de cooperação. Se há alguma controvérsia em relação à escolha, pela orientação do Código, nos artigos 404, parágrafo único, 419, 113, 128, 421, 422 é sempre no sentido de exigir uma participação efetiva do magistrado.

V. Exa. aplaudiu a inserção da assunção de dívida no corpo do Código e até se aventurou tratar do tema, tendo à mesa o Prof. Roldão. Queria que V. Exa. analisasse se foi uma omissão negativa o Código não ter falado, quando trata da novação, mantém apenas a novação subjetiva por expromissão, uma vez mais não falando na delegação, valendo ressaltar que há um limite muito tênue entre a delegação e a própria assunção de dívida. Não seria conveniente, para o esclarecimento da matéria, tratar também, especificamente, da delegação, na parte relativa à novação?

Prof. José Maria Leoni

Concordo plenamente com V. Exa. A mesma crítica que fiz na ausência da assunção delegatória cumulativa na

assunção de dívida, cabe na hipótese de novação. A crítica é mesmo merecedora.

Dr. Marco Aurélio Bezerra de Mello

Nosso Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 6º, inciso V, concede, como direito básico do consumidor, a revisão do contrato em razão de fatos supervenientes que tornem a prestação excessivamente onerosa. Essa expressão “fato superveniente”, com todas as **venias**, não me parece estar ligada à teoria da imprevisão, à cláusula **rebus sic stantibus**. Sempre interpretei esse fato superveniente como a teoria da base do negócio jurídico, ou seja, o negócio jurídico que se protraí no tempo deve respeitar a mesma base inicial, independentemente da situação de imprevisibilidade efetiva. É assim que CDC procurou estabelecer. O nosso novo Código Civil, no seu artigo 317, traz uma idéia similar com a do CDC, quando dispõe: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

Tenho a impressão de que o novo Código Civil, pelos princípios que traz, pela questão da ética e da boa-fé, deveria ter suprimido a expressão “motivos imprevisíveis”, para adotar uma redação similar ao Código de Defesa do Consumidor. Como afirmei, parece-me que não adotou a teoria da onerosidade excessiva, e sim da base do negócio jurídico. Ficaria mais moderno se o Código mantivesse a mesma linha do CDC. Gostaria de saber se V. Exa. entende que isso seria correto.

Prof. José Maria Leoni

Diante dessa nova discordância de V. Exa., gostaria de dizer que não penso dessa forma. O CDC, percebeu que no Brasil, nos anos 90 (muitos anos depois que a Europa Continental como um todo já havia percebido, nos anos 70),

o liberalismo jurídico era algo completamente inútil, ou seja, a teoria de que quanto menos intervenção do Estado nas relações jurídicas melhor seria, não funcionava, porque se deixarmos os particulares à vontade, privilegiaremos o economicamente forte, que ditará as regras do jogo em relação ao economicamente fraco. Percebeu-se, então, que era necessário intervir, o que é de uma obviedade solar, basta pensar o que seria se numa relação contratual de trabalho não houvesse uma lei que determinasse a existência de um salário mínimo. Foi necessário, então, intervir, não em benefício da relação jurídico-obrigacional, mas para beneficiar uma das partes da relação jurídica obrigacional porque é hipossuficiente. Tanto que o nome não é Código das Relações de Consumo, mas Código de Defesa do Consumidor. Tanto que uma norma interpretativa do CDC diz que toda cláusula que for duvidosa deve ser interpretada em favor do consumidor, que é a parte mais fraca.

Com todas as **venias**, parece-me que aqui estamos fora da relação de consumo. Na relação de consumo, presume-se a hipossuficiência de uma das partes. No Código Civil, parece-me, que foi salutar a expressão “por motivos imprevisíveis”, já que aqui estamos numa relação que não é de consumo, devendo ser aplicada em caso fortuito ou de força maior, enfim, numa situação imprevisível. O que se pode discutir, e aí caberá ao Judiciário decidir a todo o momento, é se aquela hipótese é imprevisível ou não, como se discute, hoje, no caso do aumento do dólar. Neste caso, o juiz deverá decidir se naquele caso concreto a hipótese é de imprevisibilidade ou não. Entretanto, deve-se constar a imprevisibilidade, já que estamos fora do CDC.

Desembargadora Áurea Pimentel

Gostaria de submeter ao Dr. Leoni uma questão que me despertou preocupação. O artigo 418 do novo Código tem a seguinte redação: “Se a parte que

deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir a sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado”. Pareceu-me, inicialmente, que a expressão “mais o equivalente” estaria a significar aquela antiga previsão de devolução em dobro, no caso em que realmente quem as recebeu foi responsável pelo desfazimento do contrato. Ocorre que o artigo 420 do novo Código Civil, que cuida do novo tipo de contrato, em que é possível o arrependimento, dispõe: “se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória”. Neste caso, quem as deu perder-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolve-las-á mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito à indenização suplementar. Não me parece que teria sido inadequado dar o mesmo tratamento a esse tipo de contrato, em que há uma previsão de arrependimento, àquele outro em que não havendo essa previsão, então, seria justo esse acréscimo equivalente, que poderia até corresponder à devolução de arras em dobro?

Prof. José Maria Leoni

Na anotação ao artigo 412 do novo Código Civil, sustento que a hipótese é mesmo de se devolver o que recebeu em dobro.

Des. Sergio Cavalieri Filho

Creio que a indagação da Desembargadora Áurea Pimentel está respondida pelo artigo 419, destacado por V. Exa., ainda há pouco. Em se tratando de arrependimento, haverá somente a devolução em dobro; em se tratando de arras penitenciais, há, além da devolução em dobro, a hipótese do artigo 419, que trata da indenização suplementar. Portanto, somente se poderá pleitear indenização suplementar no caso das arras penitenciais.

Desembargadora Áurea Pimentel

O que me causou essa dificuldade de aceitar o mesmo tratamento é o fato de no artigo 418 do CC não haver no contrato a previsão de arrependimento, ao passo que em relação ao artigo 420 já há um contrato celebrado com essa previsão de que poderá haver o arrependimento. Então, também nesse caso, irá se punir a parte com o acréscimo do chamado “o equivalente”,

que corresponderia então a devolução das arras em dobro.

Des. Sergio Cavalieri Filho

Se ele não fosse punido, o contrato não obrigaria – posso me arrepender a qualquer momento. Portanto, mesmo que se arrependa, se isto ocorrer, irá perder as arras. A parte deverá pagar por esse arrependimento. 